

INTRODUZIONE

LA GRANDE DICOTOMIA:
INDIVIDUALISMO VS. COMUNITARISMO

SOMMARIO: 1. Diritto e cultura. – 2. Individualismo vs. comunitarismo. – 3. Due precisazioni. – 3.1. Prima precisazione: sul piano terminologico. – 3.2. Seconda precisazione: sul piano metodologico. – 4. Il presupposto. – 4.1. La Corte costituzionale e la repressione penale dell'adulterio femminile. – 5. Come si procederà.

1. *Diritto e cultura*

Il diritto è un fenomeno sociale. Nasce in risposta alle esigenze della vita collettiva, con l'obiettivo di darle ordine. In ciò, si affianca al costume, alla morale, alla religione, alla politica ... in un certo senso anche all'economia: tutte discipline che, distinguendo nel proprio ambito ciò che è giusto da ciò che è sbagliato, prescrivono agli esseri umani di tenere determinati comportamenti, anziché altri. In ogni gruppo umano, l'intreccio dei sistemi normativi oscilla tra la sovrapposizione e la contrapposizione delle prescrizioni che ciascuno di loro esprime. Di qui, la solidità o la fragilità del gruppo; la propensione alla chiusura o all'apertura verso l'esterno; la tendenza alla conservazione o al mutamento dell'ordinamento vigente. Sistemi normativi omogenei si consolidano l'un l'altro, producendo stabilità; sistemi normativi contrastanti generano incertezza, favorendo cambiamenti.

Il diritto, in questa prospettiva, è uno degli elementi che viene in rilievo. Non il solo, probabilmente nemmeno il principale. Opera e subisce condizionamenti, al pari degli altri. Pone, in quanto sistema normativo, un problema di effettività: pretende di conformare a sé i comportamenti dei consociati, di essere rispettato. Ma, non è autosufficiente. Funziona solo se è in sintonia con l'ordine sociale complessivo, se ne è espressione, se è in grado di intercettarne e svilupparne esigenze e istanze. Se, in effetti, vi è una, al-

meno tendenziale, coincidenza tra i suoi principi e i valori che, in generale, conformano la collettività umana dei suoi destinatari¹. Lo si vede, emblematicamente, nei casi in cui si pretende di “trapiantare” un sistema giuridico in un contesto sociale diverso da quello in cui si è formato: difficile che “attecchisca”, l’ineffettività è conseguenza spesso inevitabile².

L’idea del diritto come componente di un ordine sociale più ampio corrisponde alla dimensione culturale dello stesso. Definita la cultura «un insieme complesso che include conoscenza, fede, arte, morale, legge, costumi e ulteriori facoltà e consuetudini che l’uomo ha acquisito in quanto membro della società», se ne può evidenziare il carattere normativo, affermando che, dal punto di vista strutturale, la cultura «consiste in modelli espliciti e impliciti di comportamento, che sono acquisiti e tramandati attraverso simboli e rappresentano le acquisizioni specifiche di un gruppo di uomini»³. Riconoscere il carattere culturale del diritto⁴ – riconoscere, cioè, che si tratta di *un*, non *del*, sistema normativo – non implica negarne la specificità. A partire dall’antica Roma, il diritto si libera delle sue ascen-

¹ È un’idea che si ritrova esemplarmente espressa in Émile Durkheim, per il quale il diritto, essendo «l’apparato mediante il quale si esercita essenzialmente l’azione sociale», si configura come la componente visibile della morale socialmente condivisa (cfr. É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Milano 1962 (ed. orig. 1893), p. 213).

² Il tema è approfondito da A. CHUA, *L’età dell’odio. Esportare democrazia e libero mercato genera conflitti etnici?*, Carocci, Roma 2004 (ed. orig. 2002).

³ P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma 2001 (ed. orig. 1981), pp. 19-20.

⁴ Oltre all’opera di Peter Häberle, cfr. G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti con il diritto*, Giuffrè, Milano 1996 (ed. orig. 1985), in particolare per la parte in cui analizza il peso delle convinzioni ideali nel determinare le scelte di comportamento delle persone e la considerazione che a tali convinzioni dovrebbero riservare (o non riservare) l’ordinamento giuridico: cfr. p. 72 ss. Nella dottrina italiana assume apertamente come oggetto di studio la ricerca delle ascendenze culturali dei costituenti in rapporto all’elaborazione del complesso dei diritti costituzionali – in particolare per argomentare l’allontanamento dal modello individualistico liberale a favore di un’antropologia solidarista – F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano 1999. Con riguardo più ristretto al giudizio di costituzionalità, mette in luce lo scarto tra «contraddittorio formale» e «contesto sostanziale» dei giudizi di costituzionalità N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in «Rivista Aic», n. 4, 2017 (<http://www.rivistaaic.it/corte-costituzionale-evoluzione-della-coscienza-sociale-interpretazione-della-costituzione-e-diritti-fondamentali-questioni-e-interrogativi-a-partire-da-un-caso-paradigmatico.html>).

denze magiche e religiose, divenendo scienza capace di elaborare e sistematizzare concetti propri secondo un'autonoma struttura basata sulla logica⁵. Con ciò, tuttavia, la natura socio-culturale del diritto non viene meno. La cultura resta «il contesto di tutti i testi giuridici e di tutte le attività di rilievo giuridico»⁶. In particolare, i testi giuridici «conservano il loro carattere di diritto “positivo”, ma rinviano nel contempo anche a qualcosa di ulteriore: a una realtà solo parzialmente e “superficialmente” indicata e creata dai testi stessi»⁷. Il contenuto del diritto positivo – detto altrimenti – non viene dal diritto in sé considerato. Viene dal contesto culturale, articolato e plurale, di cui il diritto è parte: «convinzioni, ideali e modi di pensare sono parte integrante del [...] diritto»; «che siano basati su antiche credenze, su versioni secolarizzate di fedi passate o su convinzioni non religiose, influiscono direttamente su ciò che ci si aspetta e su ciò che sembra ragionevole nelle più diverse aree del diritto»⁸. L'ordinamento giuridico riproduce, sintetizzandoli in disposizioni puntuali, gli orientamenti culturali del gruppo; li ordina, imponendo loro forma e gerarchia. Non li crea. È significativo che il contenuto fondamentale della Costituzione italiana – i diritti – sia frutto di un «riconoscimento»: i diritti inviolabili degli esseri umani (art. 2) non sono creati, ma recepiti dalla Carta fondamentale⁹. Lo stesso vale per il lavoro (art. 4, co. 1), le autonomie locali (art. 5), la famiglia (art. 29), la libertà d'emigrazione (art. 35, co. 4), la proprietà privata (art. 42, co. 2), la cooperazione a carattere di mutualità (art. 45, co. 1), la collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende¹⁰ (art. 46). Di converso, i titoli nobiliari risultano disconosciuti (XIV disp. trans. fin.).

È stato scritto che «ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto». Per questo, «i grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altre simili espressioni di “diritto positivo” con le quali i giuristi hanno a che fare, né mai li hanno trovato la loro soluzione». Al contrario, come «i giuristi sanno bene», «la radice delle

⁵ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino 2005.

⁶ P. HÄBERLE, *op. cit.*, p. 21.

⁷ *Ivi*, p. 17.

⁸ G. CALABRESI, *op. cit.*, p. 147.

⁹ Sui problemi interpretativi sollevati dall'art. 2 Cost. cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 1985, pp. 3-6.

¹⁰ Se ne aveva avuta esperienza durante il periodo costituzionale provvisorio.

loro comuni credenze e certezze, come anche dei loro dubbi e dei loro contrasti, è sempre altrove». Sicché, «per chiarire ciò che davvero li unisce e li divide, occorre scendere più a fondo o, è lo stesso, risalire più in alto, in ciò che non è espresso»¹¹. L'assunzione del legame tra posto e presupposto – vale a dire, il riconoscimento della natura sociale del diritto – è alla base delle riflessioni giuridiche che, in misura più o meno intensa, concentrano la propria attenzione sul ruolo delle istituzioni. Anche senza voler assumere, con gli istituzionalisti, la prospettiva per cui «*ubi societas, ibi ius*»¹², affermare, come fanno i neoistituzionalisti, che i fatti sono elementi istitutivi del diritto, essendo le norme ricostruibili come una categoria di «fatti istituzionali», significa considerare il diritto dotato di un'imprescindibile dimensione sociale (che si esprime in un'esigenza di effettività)¹³. Anche i giuristi che più assumono le distanze dalla prospettiva giusistituzionalista non negano la dimensione socio-culturale del diritto; semplicemente, ritengono che debba essere oggetto di studio da parte di discipline diverse dalla scienza giuridica. È significativo che lo stesso Hans Kelsen – studioso che più di altri è mosso dall'intento di mantenere giuridicamente «pura» la propria riflessione – presupponga a fondamento ultimo della costruzione concettuale da lui elaborata l'operare di una norma esterna al fenomeno giuridico, la cui natura può essere analizzata e compresa solo nella prospettiva dello studio della società¹⁴.

Aderendo a questa prospettiva – sia pure con riferimento non al diritto in generale, ma alla più limitata sfera del diritto pubblico¹⁵ –, nelle pagine che seguono ci si propone di andare oltre al dato giuridico contingentemente posto dagli uomini in questo o in quell'ordinamento costituzionale, così come al confronto tra gli istituti propri dei diversi ordinamenti, per

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 3.

¹² Cfr., in particolare, M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, Paris 1907, ID., *Principes de droit public*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris 1910 e S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1962 (ed. orig. 1917-1918).

¹³ N. MACCORMICK e O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano 1990 (ed. orig. 1986).

¹⁴ Si tratta, evidentemente, della «Grundnorm», il cui contenuto è «ci si deve comportare secondo la costituzione effettivamente statuita ed efficace»: H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1966 (ed. orig. 1960), pp. 59 e 242.

¹⁵ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano 1982 esplora le conseguenze derivanti sul modo di intendere la Costituzione italiana vigente dall'assunzione di un presupposto atteggiamento rivolto alla valorizzazione o alla svalutazione della stessa (cfr., in particolare, il capitolo 4).

provare a interrogarsi sui presupposti sotto o sopra stanti le grandi questioni della scienza giuspubblicistica, alla ricerca della matrice da cui i dati positivi contingenti scaturiscono.

Evidentemente, presupposto fondamentale perché un ordinamento giuridico possa essere posto è che vi sia un gruppo di esseri umani che vive assieme e che, di conseguenza, necessita di regole attraverso le quali disciplinare la propria convivenza. Ciò rende, anzitutto, necessario provare a capire quale sia la “molla” che li spinge a unirsi. Com'è possibile che gli esseri umani vivano in collettività stabili e organizzate, senza che l'anarchia e la guerra di tutti contro tutti dilaghino sempre nel mondo? È questa la domanda fondamentale. Le questioni – pur giuridicamente centrali – inerenti a come decidere chi comanda; a come darsi delle regole; a come stabilire quali regole siano giuste e quali sbagliate; a cosa devono, possono o non devono fare i detentori del potere; a come sanzionare chi viola le regole: sono tutte questioni che seguono.

Il tema è amplissimo. Chiamando in causa la natura del legame sociale, attraversa tutte le scienze umane: la filosofia, la storia, l'antropologia, la sociologia, la politologia, l'economia. Incluso il diritto. Per questo, il discorso che segue si avvarrà di apporti provenienti da diverse prospettive disciplinari, inevitabilmente operando, nell'ambito vastissimo dei contributi disponibili, scelte soggettive che si proverà, di volta in volta, a giustificare al di là dei limiti conoscitivi di chi scrive. Dall'impossibilità di prendere in considerazione tutti i molteplici profili riconducibili al tema della ricerca dipende, inoltre, il metodo del presente lavoro: procedere attraverso la costruzione di categorie concettuali ampie, capaci di contenere le matrici culturali degli elementi peculiarmente sviluppati dai diversi sistemi normativi. Il punto resta quello messo in luce all'inizio: il diritto è un fenomeno sociale. Dalla società trae i suoi contenuti e alla società rivolge le sue pretese. Affrontare lo studio del diritto attraverso categorie applicabili allo studio della società può probabilmente aiutare a meglio coglierne alcuni rilevanti profili.

2. Individualismo vs. comunitarismo

Si è detto che la domanda fondamentale riguarda l'origine della vita associata: perché gli esseri umani vivono insieme? E come riescono a farlo?

La risposta che, forse, più comunemente viene data a tale domanda è la

seguinte: i singoli si uniscono in gruppo perché, dopo una fase di isolamento iniziale, in un qualche momento, per un motivo o per un altro, acquisiscono consapevolezza che unirsi è più vantaggioso che restare da soli. Una risposta alternativa fa riferimento a una sorta di istinto di sopravvivenza, dovuto alle caratteristiche genetiche della specie umana, che opererebbe analogamente a quello che spinge gli animali a vivere in branco. L'idea di fondo, però, non cambia: la causa ultima del sorgere di tale istinto – benché gli esseri umani ne acquisiscano consapevolezza solo *ex post* – è una ragione di convenienza, dal momento che il gruppo aumenta le *chances* di sopravvivenza di chi ne è parte.

La filosofia politica, a partire da Aristotele, offre celebri formulazioni di entrambe le risposte. Una si ritrova, esemplarmente, nel pensiero di Hobbes, a giudizio del quale gli uomini escono dall'isolamento che li connota nello stato di natura, unendosi in gruppo, perché questa è la soluzione più razionale per porre fine alla guerra di tutti contro tutti e aumentare la capacità di sopravvivenza di ciascuno¹⁶. Un'altra è tipicamente riconducibile al pensiero di Hume, per il quale la nascita del gruppo non dipende dalla volontà umana, ma dal coordinamento spontaneo di azioni volte ad altri, più immediati, fini: la combinazione naturale delle azioni produce effetti positivi tali da rendere per i consociati desiderabile il mantenimento delle istituzioni collettive nel frattempo sorte, senza che nessuno le avesse inizialmente volute o previste¹⁷. Vi è, insomma, un consolidato modo di pensare secondo il quale l'uomo si riunisce in collettività sovraindividuali perché ciò è più conveniente che rimanere singolo individuo isolato dagli altri.

Il tema del perché la vita si svolga in forme associate richiama due elementi: gli esseri umani e il gruppo. Si potrebbe anche dire: i singoli e la collettività, le persone e la comunità, gli individui e la società. Di questi due elementi, qual è il più importante? Le parti o il tutto? L'intero pensiero politico dell'umanità è passibile di una prima, generalissima, classificazione a seconda della risposta che si dà a tale domanda. Come ha scritto Norberto Bobbio: «il corso del pensiero politico è dominato da una contrapposizione fondamentale – una vera e propria “grande dicotomia” – tra teorie organicistiche (olistiche) e teorie individualistiche (atomistiche)»¹⁸, vale a dire tra

¹⁶ T. HOBBS, *Il Leviatano*, Laterza, Roma-Bari 2004 (ed. orig. 1651).

¹⁷ D. HUME, *Discorsi politici*, Boringhieri, Torino 1959 (ed. orig. 1752).

¹⁸ N. BOBBIO, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in A.M. PETRONI e R. VIALE (a cura di), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1997, p. 179.

teorie incentrate sulla preminenza della collettività e teorie incentrate sulla preminenza dei singoli. O si assume una prospettiva o si assume l'altra: come in tutte le dicotomie, non c'è spazio per posizioni mediane¹⁹.

Si potrebbe replicare che, se il gruppo è fatto di esseri umani, senza questi non potrebbe esservi quello: dunque, in realtà, non sussiste contrapposizione dicotomica, le parti devono necessariamente precedere il tutto. Ma, il punto è: il gruppo è il prodotto della volontà degli esseri umani o le volontà degli esseri umani sono il prodotto del gruppo? Sono i singoli che creano la collettività o è la collettività che si forma e si impone ai suoi membri al di là della (o anche contro la) loro volontà? Lo stare insieme è il frutto della libera scelta di coloro che si uniscono o è un destino che s'impone loro? Evidentemente, assumere una prospettiva o l'altra produce conseguenze profonde sul modo di concepire la "posizione" degli esseri umani nel mondo: nell'un caso significa considerarli fini ultimi dell'organizzazione sociale; nell'altro meri strumenti della stessa. Qual è – così si potrebbe riassumere la questione – il bene supremo che ha da essere preservato nelle situazioni ultime: il singolo (la sua vita, la sua coscienza, la sua libertà, ecc.) o il gruppo (la sua esistenza, la sua identità, la sua unità, ecc.)? La prima è la prospettiva dell'individualismo; la seconda è la prospettiva del comunitarismo. Come si evince dalle parole stesse, l'individualismo mette al centro gli individui, il comunitarismo la comunità. Per l'individualismo sono gli esseri umani che per scelta creano il gruppo; per il comunitarismo è il gruppo che per destino si impone agli esseri umani.

La dimensione assiologica non è, peraltro, suscettibile di esaurire il discorso scientifico sulla rilevanza della dicotomia individualismo *vs.* comunitarismo. Oltre che indicare, agli occhi dei loro sostenitori, modelli desiderabili di società, i due concetti in esame si pongono infatti come utili strumenti di "lettura" del reale, essendo quest'ultimo quasi sempre frutto di una combinazione, teoricamente spuria, di elementi provenienti dall'un capo o dall'altro della linea di tensione dicotomica. In questa seconda prospettiva – non più prescrittiva, ma descrittiva –, il ricorso alla dicotomia si pone allora come fecondo metodo di analisi dei fenomeni sociali, consentendo di illuminare le "zone grigie" del reale: di scomporlo nei suoi elementi costitutivi e di svelarne le ascendenze ideali (valgano, in questa prospettiva, il primo e nell'ultimo capitolo del presente lavoro con riguardo ad alcune significative pronunce della Corte costituzionale).

¹⁹N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino 1985, p. 3.

3. Due precisazioni

Due precisazioni – una terminologica, l'altra metodologica – si rendono opportune prima di proseguire.

3.1. Prima precisazione: sul piano terminologico

Leggendo la letteratura in argomento – valga per tutte la citazione bobiana poco sopra riportata – al posto (o al fianco) della parola «comunitarismo» si possono trovare le parole «olismo» (dal greco *olos* = tutto) o «totalitarismo» (dal latino *totus* = tutto intero) o «organicismo» (con riferimento all'«organo» e non alle sue parti).

L'incertezza del linguaggio mette bene in luce le difficoltà derivanti dalla trattazione del tema. Ciascuna delle parole ora richiamate rinvia a profili ulteriori rispetto alla questione qui affrontata, ma a questa intrecciati: «olismo» è lemma che ricorre in numerosi campi del sapere, quali, almeno, la fisica, la biologia, la medicina, la psicologia, la filosofia, la linguistica (ovunque, sostanzialmente, indicando che il tutto esprime potenzialità maggiori rispetto a quelle espresse dalla mera somma dei singoli fattori che lo compongono); «totalitarismo» conduce istintivamente il pensiero ai regimi politici totalitari (al nazismo e, in una certa misura, anche al fascismo e al comunismo); «organicismo» rinvia alle modalità di funzionamento dei gruppi umani, oltre che ai loro elementi costitutivi, in tal senso opponendosi non soltanto all'«individualismo», ma anche al «meccanicismo»²⁰ (l'unione degli esseri umani funziona come un organismo o come un meccanismo? E cioè: risponde a leggi di funzionamento naturali o artificiali?).

Non si può dire che tutto ciò non abbia a che fare con l'oggetto del presente lavoro. Si tratta, però, di implicazioni che assumono rilievo adottando punti di vista diversi da quello qui assunto: la prospettiva della filosofia politica è diversa da quella del diritto, così come da quella della politologia o dell'antropologia politica. Sono profili che si arricchiscono di significato l'un l'altro, reciprocamente si specificano e si chiarificano. Ma, l'obiettivo

²⁰ Peculiare, sotto questa prospettiva, è il pensiero di Hobbes, che, fin dalla pagina di apertura del *Leviatano* definisce lo Stato «uomo artificiale», in un certo senso “fondendo” in un'unica metafora organicismo e artificialismo (sulla complessità dell'intreccio di metafore ricorrente in Hobbes, cfr. G. BRIGUGLIA, *Il corpo vivente dello Stato. Una metafora politica*, Bruno Mondadori, Milano 2006, p. 119 ss.).

che in questa sede si intende perseguire è circoscritto a indagare la natura dei vincoli che tengono uniti i gruppi umani, al fine di comprendere limiti e potenzialità della dimensione giuridica quale strumento di coesione sociale.

A ciò si deve aggiungere che, filologicamente, l'opposto dei concetti sopra richiamati non è mai «individualismo», ma «meccanicismo» per «organicismo», «atomismo» per «olismo» e «partismo» per «totalitarismo». Quest'ultima opposizione segnala, inoltre, che non tutti i concetti hanno, in effetti, un “-ismo” corrispondente («partismo» non esiste: si potrebbe dire «particolarismo», se non fosse che l'opposto di «particolare» è «generale» o «universale») o, se c'è, può avere un significato che rimanda ad altro (si pensi a «collettivismo», che fa riferimento più propriamente al sistema economico sovietico, o a «socialismo», che fa riferimento a un'ideologia politica).

Volendo proporre un quadro di opposizioni concettuali rigorose, con i corrispondenti “-ismi”, si otterrebbe lo schema seguente:

natura / artificio	naturalismo / artificialismo
membra / organo	- / organicismo
pezzi / meccanismo	- / meccanicismo
atomi / tutto	atomismo / olismo
parti / tutto	- / totalitarismo
singoli / collettività	singolarismo / collettivismo
uomini / gruppo	- / -
persone / comunità	personalismo / comunitarismo
individui / società	individualismo / socialismo

Aiuta a mettere ordine precisare – a partire dalla dicotomia tra organicismo e meccanicismo – che il paradigma organicistico è non soltanto olistico, «per il primato strutturale del tutto sulle parti», ma altresì naturalistico, «per il processo costitutivo dell'intero (anche quando alla Natura come principio e fondamento delle realtà collettive si sostituisce la Storia, intesa come insieme delle leggi oggettive del divenire)»; e, specularmente, che il paradigma meccanicistico risulta connesso con il modo di vedere individualistico «quanto alla struttura», e artificialistico «quanto al processo di costituzione dell'intero». Inoltre, «il valore assegnato ai paradigmi può essere in alcuni casi ontologico, in altri semplicemente metodologico o euristico»; e, ancora, mentre in alcuni autori l'assunzione di un paradigma è

compiuta in termini assoluti, come chiave di lettura di utilizzo universale, in altri «l'adeguatezza interpretativa dell'uno o dell'altro può essere relativizzata ad alcuni contesti»: solitamente, distinguendo una fase antica e una fase moderna della vita sociale²¹.

Come si intuisce, la complessità dei temi e la sovrapposizione di piani diversi, pur attraverso l'impiego del medesimo linguaggio, rende concreto il rischio di confusione concettuale. Per questo insieme di ragioni, qui si suggerisce di utilizzare stipulativamente i termini «individualismo» e «comunitarismo». Nello schema teorico dicotomico che verrà proposto più avanti (*infra*, capitolo 2), «individuo» e «comunità» sono, infatti, i concetti contrapposti che valorizzano all'estremo limite, rispettivamente, il singolo e il gruppo nel ricostruire gli schemi di funzionamento delle collettività umane. Rappresentano, in altre parole, la polarizzazione della dicotomia che contrappone i modi "puri" di pensare alla vita umana associata. Si tratta, dunque, di una scelta lessicale non solo soggettiva (e pertanto discutibile, come tutte le scelte soggettive), ma anche scientificamente orientata, implicando l'adesione a una prospettiva teorica data (per essere scientificamente neutri bisognerebbe forse usare le parole «umanismo» e «gruppiamo»: ma, come già detto, si tratta di parole che non esistono o che, se esistono, assumono un'accezione differente).

3.2. Seconda precisazione: sul piano metodologico

Il riferimento agli "-ismi" è indice del fatto, già accennato, che il presente lavoro sarà essenzialmente basato sullo studio di idee e concetti.

Il punto merita un chiarimento. In queste pagine ci si occuperà di realtà, ma è evidente che non ci si può occupare di tutti i fatti storici che compongono la realtà oggetto di studio. Per questo, occorrerà far ricorso a paradigmi concettuali o – per usare il linguaggio di Max Weber – a «tipi ideali». Occorrerà astrarre dalla concretezza della storia i dati contingenti dei fenomeni osservati, per ricomporli in un modello idoneo a rappresentarli tutti, pur non corrispondendo esattamente a nessuno. Come scrive Weber, «il tipo ideale rappresenta un quadro concettuale il quale non è la realtà storica, e neppure la realtà "vera e propria", ma tuttavia serve né più

²¹ M. BOVERO, *Paradigmi e modelli politici nell'età moderna*, in F. DE LUISE (a cura di), *Ripensare i paradigmi del pensiero politico: gli antichi, i moderni e l'incertezza del presente*, Università degli studi di Trento, Trento 2013, p. 69.

né meno come schema in cui la realtà deve essere sussunta come esempio; esso ha il significato di un puro concetto-limite ideale, a cui la realtà deve essere misurata e comparata, al fine di illustrare determinati elementi significativi del suo contenuto empirico»²². È quanto si proverà a fare con riferimento ai concetti dicotomici di persona e individuo, comunità e società (*infra*, capitolo 2). Lo stesso avverrà, poi, con riguardo alle dottrine individualista e comunitarista (*infra*, capitolo 4).

Studiare la realtà attraverso i tipi ideali è, dunque, una necessità. Ma è anche una scelta consapevole, dal momento che i tipi ideali si prestano a essere trattati per contrapposizione, vale a dire creando rapporti dicotomici. Ciò semplifica la realtà. Ma allo stesso tempo consente di evidenziare le possibili implicazioni derivanti dai diversi punti di vista. Depurate del superfluo e contrapposte le une alle altre, le posizioni emergono nella loro purezza, mettendo in risalto profili che altrimenti rischierebbero di rimanere nascosti. Insomma: sul piano pratico non si potrà essere completamente individualisti o completamente comunitaristi: qualcosa si trarrà da un lato della dicotomia, qualcosa dall'altro, collocandosi in un qualche punto intermedio tra una posizione e quella opposta. Sul piano teorico, invece, lo si potrà e, anzi, lo si dovrà fare: più puro sarà il modello ideale costruito, più fecondo ne risulterà l'utilizzo nella "lettura" della realtà. Altro, insomma, è propugnare l'individualismo o il comunitarismo come tipi di organizzazione politica ideologicamente desiderabili; altro è farne uso come strumenti attraverso cui procedere all'interpretazione dei fenomeni sociali concretamente osservabili in un dato momento e contesto storico. Com'è evidente, ci si ispira qui ancora all'insegnamento di Norberto Bobbio, il quale sosteneva che procedere per dicotomie è un metodo particolarmente efficace per lo studio dei concetti della teoria politica: tutti, infatti, possono essere disposti a coppie lungo una linea immaginaria, con a un capo un concetto e all'altro capo il suo doppio dicotomico (vale a dire, il suo opposto). Emblematica, in tal senso, è la trattazione di quella che Bobbio stesso definiva la «grande dicotomia»: l'opposizione tra pubblico e privato²³. Analogamente si potrebbe dire per la contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo.

Le dicotomie nascondono, tuttavia, anche un'insidia. Proprio per la lo-

²² M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino 1958 (ed. orig. 1904), p. 112.

²³ Può essere letta in N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, cit., p. 3 ss. e tornerà, per molti profili, utile in questa sede per individuare i confini dello spazio «pubblico».

ro attitudine a portare i concetti all'esasperazione, annullando il proprio opposto, possono diventare pericolose. Si pensi agli opposti concetti di libertà e autorità: la libertà è altamente desiderabile, ma diventa guerra di tutti contro tutti se viene intesa in senso assoluto, consentendo a ciascuno di decidere liberamente tutto ciò che lo riguarda; diventa allora necessario l'intervento di un'autorità, che ponga limiti alla libertà e li faccia rispettare (in ipotesi, punendo chi pretendesse una libertà così ampia da consentirgli di impossessarsi della vita altrui); ma se l'autorità cresce a dismisura e, a sua volta, si assolutizza, ecco allora che si cade nell'autoritarismo, in cui uno solo – il titolare dell'autorità – decide tutto per tutti, così che i dominati si ritrovano privi di ogni libertà.

Si può, allora, concludere affermando che le dicotomie sono utili sul piano della conoscenza, perché, semplificando la realtà, agevolano la comprensione, ma sono pericolose sul piano dell'azione, perché, essendo pure, non accettano compromessi e anelano ad annullarsi reciprocamente. Chi mira alla comprensione può, pertanto, utilmente utilizzare le dicotomie, a patto di rimanere consapevole dei limiti teorici – la semplificazione – e della pericolosità pratica – l'estremismo – che ne conseguono.

4. *Il presupposto*

Come si diceva, per l'individualismo sono gli uomini che creano il gruppo, mentre per il comunitarismo è il gruppo che si impone agli uomini. In quest'ottica, individualismo e comunitarismo si pongono come concetti collocati ai capi opposti di una linea di tensione dicotomica. Se prevale l'uno, soccombe l'altro; e viceversa.

Le ricadute giuridiche dell'assunzione di una prospettiva o dell'altra sono intuibili: l'enfaticizzazione dei diritti o dei doveri nella definizione dello *status* dei destinatari delle norme dell'ordinamento. Ma, ogni campo dell'agire sociale può risultarne condizionato. Nel romanzo *Il mio nome è rosso*²⁴, Orhan Pamuk immagina lo scompiglio che si produce nella comunità dei miniaturisti alla corte del Sultano di Costantinopoli quando, sul finire del XVI secolo, in un mondo dominato da una concezione dell'arte di impronta comunitarista, si diffonde la conoscenza dell'arte occidentale, di impronta individualista. Se in Oriente massima aspirazione di un artista era

²⁴O. PAMUK, *Il mio nome è rosso*, Einaudi, Torino 2005 (ed. orig. 1998).

il suo totale annullarsi nella tradizione della comunità, il divenire così abile nel riprodurre i lavori dei suoi predecessori da non risultare identificabile come autore, in Occidente massima realizzazione di un artista era, al contrario, la piena affermazione della propria individualità, il divenire così abile nell'innovare da realizzare opere originali, a lui e a nessun altro attribuibili. Su questo sfondo, il dono di un dipinto di scuola veneziana al Sultano ha effetti così dirompenti da causare un omicidio, evento intorno al quale ruota il romanzo. Emblematica, nella sua ambiguità, la frase pronunciata da uno dei protagonisti del romanzo: «quello che chiamano stile è solo un errore che consente di lasciare un segno personale». Ma – questo è il punto – lasciare un segno personale, errando rispetto alla tradizione, è un bene o è un male?

Ecco, allora, il presupposto: l'assunzione della prospettiva individualista o, al contrario, della prospettiva comunitarista per definire, sia pure in linea generalissima, la collocazione dell'essere umano nel mondo. Come si proverà ad argomentare nel prosieguo, depurate dalle circostanze contingenti e ridotte all'essenziale tutte le questioni giuridiche possono trovare soluzione nel solco dell'una o dell'altra prospettiva. Nelle collettività culturalmente omogenee ciò emerge con minore evidenza, perché la mancanza di diversità produce una doppia coerenza: all'interno del complesso dei sistemi normativi che compongono la cultura del gruppo e all'interno di ciascun sistema normativo in sé considerato. Lo stesso ordinamento giuridico risulta, così, particolarmente solido, perché, una volta assunta una prospettiva, quella comunitarista o quella individualista, l'altra tende a rimanere come "nascosta". Al contrario, si può avere più facilmente evidenza di entrambe le posizioni nelle collettività culturalmente disomogenee, che si ritrovano esposte alla concorrente pressione conformatrice delle opposte visioni. In tal caso il rischio non è solo quello del verificarsi di uno "scollamento" tra i diversi sistemi normativi, che può giungere a creare una contrapposizione nel contesto culturale complessivo del gruppo tale da esporlo all'instabilità, ma soprattutto è quello di riprodurre la contrapposizione all'interno dei singoli sistemi normativi, condannandoli alla incerta ricerca di un punto di equilibrio tra gli opposti punti di vista. In tal caso, lo stesso ordinamento giuridico perde di compattezza, risultando frutto della composizione di una pluralità di elementi differenti ai quali si può provare a dare unità solo a posteriori. Ai giuristi si presentano, allora, diverse soluzioni possibili, sempre argomentabili in punto di diritto positivo²⁵, ma in

²⁵ Resta, in proposito, di riferimento la rassegna degli argomenti interpretativi proposta da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, cap. VIII.

ultima istanza frutto della, consapevole o inconsapevole, adesione a una visione, comunitarista o individualista, presupposta.

Emblematico in proposito, per la tragicità dei temi chiamati in causa, è il caso della configurazione giuridica da attribuire ai crimini nazisti discusso nel contesto del processo di Norimberga in un dibattito che vide contrapposti l'avvocato polacco Raphael Lemkin e l'esperto di diritto internazionale britannico Hersch Lauterpacht²⁶. Mentre il primo sosteneva che i gerarchi hitleriani avrebbero dovuto essere chiamati a rispondere di «genocidio», il secondo riteneva invece maggiormente consona l'accusa di «crimini contro l'umanità». Lemkin sottolineava come il nazismo si fosse preposto l'obiettivo di distruggere interi gruppi etnici o religiosi, non "semplicemente" di uccidere un enorme numero di individui. Lauterpacht avanzava obiezioni di tipo procedurale, data la maggiore difficoltà di provare l'accusa di genocidio rispetto a quella di crimini contro l'umanità, ma, soprattutto, riteneva pericoloso trattare i gruppi umani in sé considerati come titolari di un diritto di protezione di carattere giuridico. Questo perché operare come suggeriva Lemkin avrebbe potuto non solo istituire una sorta di gerarchia tra l'uccisione di un popolo e l'uccisione di un individuo, ma anche risultare un atteggiamento uguale e contrario a quello dell'antisemitismo con il rischio, paradossale, di avvantaggiare gli imputati. Applicando a tale confronto le categorie che verranno utilizzate in questo lavoro, la posizione di Lemkin risulta evidentemente influenzata da un presupposto modo di pensare di tipo comunitarista, mentre, al contrario, quella di Lauterpacht risente di una presupposta impostazione di stampo individualista. I verdetti dei giudici di Norimberga si attestarono sulle tesi di Lauterpacht. La proposta di Lemkin trovò, però, soddisfazione nel 1948, quando l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvò la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio. L'autore del libro che ricostruisce questa vicenda – giurista a sua volta impegnato nella lotta ai crimini internazionali contro i diritti umani – offre un commento particolarmente significativo: «negli anni successivi alla sentenza di Norimberga, il termine genocidio acquistò slancio, negli ambienti politici e nel dibattito pubblico, come il "crimine dei crimini", elevando la protezione dei gruppi al disopra di quella degli individui. Forse fu la potenza del termine coniato da Lemkin: proprio come temeva Lauterpacht, emerse una competizione tra le vittime, così che i crimini contro l'umanità finirono

²⁶P. SANDS, *La strada verso Est*, Guanda, Milano 2017 (ed. orig. 2016), p. 343 ss.

per essere visti come un male minore. Questa non fu l'unica conseguenza indesiderata degli sforzi paralleli di Lauterpacht e Lemkin. Dimostrare il crimine di genocidio è difficile e io stesso, in tribunale, ho constatato che la necessità di provare l'intenzione di distruggere un gruppo in parte o nella sua interezza, come richiesto dalla Convenzione sul genocidio, può avere conseguenze psicologiche spiacevoli. Aumenta infatti il senso di solidarietà all'interno del gruppo delle vittime, rinforzando al tempo stesso sentimenti negativi verso il gruppo dei responsabili. Il termine "genocidio", con la sua concentrazione sul gruppo, tende ad amplificare l'opposizione tra "noi" e "loro", esalta i sentimenti di identità di gruppo e può involontariamente dare origine alle stesse situazioni che cerca di risolvere: mettendo un gruppo contro l'altro, rende meno probabile la riconciliazione. Temo che il crimine di genocidio abbia distorto l'azione penale nei confronti dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, e questo perché il desiderio delle vittime di essere considerate oggetto di genocidio finisce per esercitare una pressione sui rappresentanti dell'accusa affinché formulino i capi d'accusa di conseguenza. Per alcuni di essi, essere considerati vittime di genocidio diventa una componente essenziale dell'identità nazionale, senza peraltro contribuire alla risoluzione di dispute storiche o rendere meno frequenti gli omicidi di massa. [...] Eppure, a dispetto di queste argomentazioni, ammetto che il senso di identità di gruppo è certamente un dato di fatto»²⁷.

4.1. *La Corte costituzionale e la repressione penale dell'adulterio femminile*

L'influenza che l'assunzione del presupposto comunitarista o individualista esercita in ambito giuridico può essere efficacemente dimostrata anche attraverso esempi più vicini, tratti dalla nostra storia costituzionale. Il riferimento è alle pronunce con cui, nel corso degli anni Sessanta, la Corte costituzionale ritenne dapprima compatibile (sentenza n. 64 del 1961)²⁸ e

²⁷ *Ivi*, pp. 388-389.

²⁸ Nel commentare la sentenza C. ESPOSITO, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1961, pp. 1230-1237 denuncia l'argomentazione, ma non le conclusioni (a suo avviso giustificabili richiamandosi all'art. 37 Cost., «che [...] dà per presupposto incontrovertibile che la essenziale funzione delle donne, pur emancipate e parificate agli uomini che esse siano, è quella che svolgono nella famiglia»), della Corte costituzionale, proprio in quanto frutto di una «tesi precostituita» (p. 1235).

poi incompatibile (sentenze n. 126 del 1968²⁹ e n. 147 del 1969³⁰) con gli articoli 3 e 29 della Costituzione la disposizione penale che sanzionava l'adulterio femminile (art. 559 c.p.), mentre quello maschile risultava punibile solo in caso di concubinato (art. 560 c.p.). La disposizione portata all'attenzione della Consulta prevedeva che il delitto fosse punibile, a querela del marito (co. 4), con una pena fino a un anno di reclusione per la moglie adultera (co. 1) e il suo correo (co. 2), pena che saliva fino a due anni in caso di stabile relazione adulterina (co. 3).

Per giungere a dichiarare la non fondatezza della questione, la pronuncia del 1961 assume apertamente la prospettiva comunitarista. Cuore della decisione è valutare se il diverso trattamento che la legge penale indiscutibilmente riservava a marito e moglie costituisse o meno violazione del principio di uguaglianza tra i coniugi, principio ricavabile sia dall'art. 3 Cost., per il quale la legge non deve fare, tra le altre, «distinzioni di sesso», sia dall'art. 29 Cost., per il quale «il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». I giudici costituzionali argomentano a partire dall'osservazione che il principio di uguaglianza non vieta, di per sé, la previsione di trattamenti legislativi differenziati, ma si limita a disporre di trattare in modo uguale le situazioni uguali, consentendo di trattare in modo diverso le situazioni diverse. Ne consegue la necessità di stabilire se lo *status* della moglie all'interno della famiglia debba essere considerato uguale o differente rispetto a quello del marito. I parametri a tal fine assumibili a riferimento sono due: la fedeltà coniugale e l'unità della famiglia. Con riguardo a entrambi la Corte afferma la diversità della posizione dei coniugi. È diversa con riguardo alla fedeltà coniugale, perché è «comune opinione» che l'infedeltà della moglie rechi al bene giuridicamente protetto offesa più grave di quella del marito. Ed è diversa con riguardo all'unità familiare, perché più gravi sono i danni che l'«illecita condotta» della moglie può

²⁹ Con commenti, favorevoli, di G. GIANZI, *L'adulterio alla luce di due importanti sentenze della Corte costituzionale*, F. MODUGNO, *L'adulterio come delitto e come causa di separazione*, R. ZACCARIA, *L'adulterio: violazione dell'eguaglianza tra coniugi non "giustificata" dall'unità della famiglia*, tutti in «Giurisprudenza costituzionale», 1968, rispettivamente pp. 2178-2190, 2190-2198, 2198-2207. Da sottolineare che anche per Zaccaria la sentenza del 1961 è frutto di un «*arrière-pensée*» tale da rendere l'intera motivazione «soltanto "apparente"» (p. 2201).

³⁰ Con commento, ancora favorevole, di G. GIANZI, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed i delitti di relazione adulterina e di concubinato*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1969, pp. 2237-2248.

causare alle «strutture» e agli «interessi» familiari. Interessante notare la differenza delle argomentazioni utilizzate nei due casi. Nel primo caso – la fedeltà coniugale – l'enfasi è interamente posta sul modo comune di pensare, dato di cui il diritto, afferma ripetutamente la Corte, non può che prendere atto: «l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale», sicché «il legislatore penale, lungi dall'ispirarsi a sue limitate particolari vedute, non ha fatto che adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale». Né varrebbe rifarsi alle discipline giuridiche di altri Paesi, perché, se è vero che altrove valgono regole differenti, è pur vero che «ogni legislazione va considerata, come è ovvio, in rapporto agli orientamenti e alle influenze sociali del luogo in cui opera». La stessa Corte costituzionale non può evitare di rifarsi alla realtà oggettivamente osservabile: ai giudici non spetta formulare «apprezzamenti», loro compito è limitarsi alla «constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare». A scanso d'equivoci, la Corte ritiene necessario precisare tale fatto: «che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito». Se ne deve concludere che è la realtà oggettiva a diversificare la posizione dei coniugi, conseguentemente «esclude[ndo] ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento». La stessa difficoltà di attribuire un preciso significato giuridico alla definizione costituzionale della famiglia come «società naturale» viene superata leggendovi «implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo»³¹. Nel secondo caso – l'unità della famiglia – è l'aperta assunzione della prospettiva comunitarista a guidare la decisione. La famiglia è espressamente qualificata come un «organismo», cosa che giustifica l'esigenza di difenderla «contro ogni influenza negativa e disgregatrice della [sua] unità», finalità alla quale sono preposte, «senza arbitrarie disparità» le norme penali sull'adulterio, sulla relazione adulterina e sul concubinato. La matrice organicista del ragionamento della Corte emerge con evidenza nella ricostruzione della posizione del marito come «punto di convergenza della unità familiare e della posizione della famiglia nella vita sociale» e trova conferma nella precisazione dell'«appartenenza» dei figli al

³¹ Punto 3 del Considerato in diritto.

padre. Anche i pericoli che, secondo i giudici costituzionali, la sanzione penale dell'adulterio femminile si propone di scongiurare risentono della medesima impostazione di fondo: è così per la diminuzione di reputazione sociale che automaticamente si riverbererebbe, con effetti disgregatrici, dalla moglie adultera alla famiglia (il comportamento di una parte investirebbe il tutto); è così per il turbamento che il comportamento adulterino della madre determinerebbe nei figli indotti a immaginarsela «tra le braccia di un estraneo» (il comportamento di una parte investirebbe le altre parti); ed è così per il rischio di introdurre nell'ambito naturale della famiglia elementi a essa estranei, qualora la relazione illecita dovesse generare prole (l'organismo non potrebbe tollerare modifiche alla propria composizione rispondenti a principi compositivi innaturali)³².

Mentre la sentenza ora esaminata sacrifica la posizione del singolo (la moglie) alle esigenze del gruppo (la famiglia), enfatizzando i doveri della parte verso il tutto, le due sentenze con cui, nel 1968 e nel 1969, vennero annullati, inizialmente, il primo e il secondo comma dell'art. 559 c.p., e successivamente anche il terzo e il quarto, risultano frutto di un progressivo cambiamento di prospettiva.

L'unità familiare rimane, specie nella pronuncia del 1968, valore da preservare, ma non più al costo di legittimare discriminazioni tra i coniugi. Alle parti del rapporto va riconosciuta pari dignità, perché solo l'eguaglianza delle loro posizioni – la parità nei diritti e l'annullamento del trattamento privilegiato del marito – può realmente operare a contrasto della disgregazione della famiglia. La prospettiva comunitarista non è abbandonata³³, ma viene a intrecciarsi con quella individualista. Quel che resta saldo è il riferimento al comune sentire dei consociati, quale punto d'appoggio della decisione. Significativamente, i giudici costituzionali aprono la motivazione della sentenza premettendo di essere indotti a tornare sulla questione dall'«attuale momento storico sociale». Si potrebbe ricostruire cinematograficamente la scena: i giudici riuniti in camera di consiglio, mentre fuori dalle finestre del palazzo della Consulta riecheggiano gli *slogan* femministi del movimento studentesco del Sessantotto. Sono, così, da considerarsi «remoti» i tempi in cui «la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione

³² Punto 4 del Considerato in diritto.

³³ «La Costituzione proclama la prevalenza dell'unità sul principio di eguaglianza, ma solo se e quando un trattamento di parità tra i coniugi la ponga in pericolo» (punto 6 del Considerato in diritto).

alla potestà maritale»³⁴. Da allora, «molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo»³⁵. Tuttavia, non è per un'astratta esigenza di tutela dell'uguaglianza tra i sessi³⁶, che la disparità di trattamento tra i coniugi adulteri è divenuta costituzionalmente indifendibile. Certo, «non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie», la legge pone la donna «in stato di inferiorità», ledendone la dignità³⁷. Ma, il vero problema costituzionale è che la norma che sanziona penalmente il solo adulterio femminile, assicurando al marito una libertà che umilia la moglie, non solo non opera a tutela dell'unità familiare, ma finisce col metterla in grave pericolo, a causa del disagio psicologico che inevitabilmente provoca nella donna. L'argomentazione della Corte oscilla vistosamente: dall'individualismo al comunitarismo. E ritorno: la considerazione conclusiva della motivazione recupera, infatti, contraddittoriamente, la prospettiva individualista, bollando il comma 1 dell'art. 559 c.p. come «un privilegio assicurato al marito» che necessita di essere eliminato in nome del «principio di parità» tra i coniugi³⁸. Sembrerebbe, insomma, che l'incostituzionalità derivi dall'incongruenza tra mezzi predisposti e fini (comunitaristi) perseguiti; senonché, all'improvviso riemergono i diritti individuali.

Questo altalenare dell'argomentazione da una visione all'altra è stato letto come spia dell'imbarazzo in cui si è venuta a trovare la Corte costituzionale, costretta, nel breve volgere di pochi anni, a prendere le distanze da se stessa (e, per di più, in composizione identica per un terzo dei suoi componenti). Probabilmente, però, non solo di questo si tratta. La contraddizione è in origine, nel testo stesso dell'art. 29 Cost., rivolto a far convivere l'unità familiare, d'impronta comunitarista, con l'eguaglianza tra i coniugi, d'impronta individualista. Si coglie, sullo sfondo, il passaggio di

³⁴ Punto 4 del Considerato in diritto. Poco dopo, tuttavia, tornano le parole della sentenza del 1961 per ribadire che tuttora il «marito, per taluni aspetti, [rappresenta] il punto di convergenza dell'unità familiare, e della posizione della famiglia nella vita sociale» (punto 6 del Considerato in diritto).

³⁵ Punto 4 del Considerato in diritto.

³⁶ L'art. 3 Cost. «prende in considerazione l'uomo e la donna come soggetti singoli, [...] non anche con riferimento ai rapporti di famiglia» (punto 5 del Considerato in diritto).

³⁷ Punto 6 del Considerato in diritto.

³⁸ *Ibidem*.

fase in cui è stata scritta la Costituzione, il mutamento culturale messo in moto dalla progressiva sovrapposizione di un paradigma all'altro. Non a caso, proprio sull'art. 29 Cost. si consumò, nonostante il tentativo di mediazione condotto da Vittorio Emanuele Orlando, una delle più accese battaglie procedurali dell'intera discussione costituente, con una votazione a scrutinio segreto che, di strettissima misura, respinse la proclamazione dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale³⁹. Lo stesso accade quando i giudici costituzionali si trovano, per la seconda volta, a giudicare sulla punibilità penale dell'adulterio: nuovamente, la fase di transizione culturale in atto (destinata, poi, a sfociare nella riforma del diritto di famiglia del 1975) non consente di separare con nettezza le prospettive di partenza e argomenti di opposta provenienza finiscono per mescolarsi contraddittoriamente. Ecco, in concreto, quel che si diceva sul finire del paragrafo precedente: il pluralismo culturale presente nella società si riproduce nell'ordinamento giuridico, condizionandone dapprima la fase di scrittura, poi quella di interpretazione e attuazione. In tal modo, il giuridicamente posto viene a dipendere doppiamente dal culturalmente presupposto, perché condizionata da quest'ultimo non è soltanto, a monte, la selezione di ciò che potrà essere scritto, ma anche, a valle, lo svolgimento delle necessarie attività di applicazione normativa e giurisdizionale di quanto è stato scritto. È come se il momento della formulazione positiva delle regole costituisse il collo di una clessidra, i cui bulbi rappresentano la dimensione culturale di provenienza e di destinazione delle regole.

Chiamata, nel 1969, a pronunciarsi per la terza volta sull'obbligo di fedeltà coniugale, la Corte costituzionale conferma la difficoltà di muovere un coerente ragionamento giuridico nel quadro normativo composito da lei stessa in precedenza delineato. Se nella decisione del 1968 l'enfasi viene essenzialmente posta sui cambiamenti sociali che, rispetto alla sua prima valutazione del caso, hanno investito la percezione del ruolo della donna nella comunità familiare, nella sentenza del 1969 a segnare la distanza, rispetto alla pronuncia dell'anno precedente, è soprattutto il diverso modo di concepire il principio di uguaglianza. Il giudice delle leggi ribadisce che l'art. 29 Cost. è disposizione preposta alla tutela dell'unità della famiglia, ma, rispetto al passato, precisa che tale "bene" costituzionale è suscettibile di prevalere sull'uguaglianza dei coniugi solo «quando ciò sia assolutamente necessario». È un ulteriore indebolimento della prospettiva comunitari-

³⁹M. BESSONE, *Commento agli artt. 29-31*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Società del Foro italiano, Bologna-Roma 1981.

sta, che da matrice della regola si riduce a fondamento dell'eccezione. Sovrapponendo i due profili dell'unità familiare e della fedeltà coniugale, in precedenza tenuti distinti, la Corte aggiunge, poi, che il legislatore può certamente prevedere sanzioni a garanzia del vincolo matrimoniale, modulandole variabilmente in relazione all'evolvere del «contesto storico», ma a condizione che ciò avvenga nel rispetto del principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Anche sotto questo aspetto, trova conferma la presa di distanza dal paradigma comunitarista: differenze di trattamento sino a quel momento ritenute giustificate diventano inaccettabili, perché «se identici comportamenti sono penalmente rilevanti per l'un coniuge [perché integranti, per la moglie, il reato di relazione adulterina] e irrilevanti per l'altro [perché non integranti, per il marito, il reato di concubinato], bisogna concludere che le disposizioni impugnate dettano una disciplina differenziata per il marito e per la moglie, nonostante che la legge (art. 143 c.c.) ponga a carico di entrambi il dovere di fedeltà coniugale»⁴⁰. Il principio di eguaglianza, cardine della visione individualista, emerge in tal modo come parametro astratto, svincolato dalla storia: alla Corte spetta valutare se il diverso trattamento riservato dalla legge ai coniugi sia o meno giustificabile come eccezione alla regola in difesa dell'unità della famiglia, non di «verificare se e quali modificazioni in questo campo il nostro tempo abbia portato nella coscienza sociale»⁴¹. La presa di distanza dalle sentenze del 1961 e del 1968 non potrebbe risultare più netta. In definitiva, il diverso trattamento dell'adulterio non comporta più soltanto un problema di irragionevolezza intrinseca della disciplina legislativa (di incongruenza tra mezzi e fini, posto che la sanzione del solo adulterio femminile – così argomentava la sentenza del 1968 – lungi dal garantire l'unità della famiglia, rischiava di ottenere l'effetto contrario), ma diventa, soprattutto, un problema di «disparità di trattamento dei coniugi»: di qui – per non arrivare all'assurdo di ribaltare la discriminazione legislativa ai danni del marito – l'illegittimità, oltre che del terzo e quarto comma dell'art. 559 c.p. (relazione adulterina della moglie), anche del primo comma dell'art. 560 c.p. (concubinato del marito)⁴².

In definitiva, il caso della repressione penale dell'adulterio pare partico-

⁴⁰ Punto 5 del Considerato in diritto.

⁴¹ Punto 6 del Considerato in diritto. Questo aspetto è particolarmente sottolineato da G. GIANZI, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed i delitti di relazione adulterina e di concubinato*, cit., pp. 2243-2244.

⁴² Punto 7 del Considerato in diritto.

larmente adatto a mostrare il legame, sopra argomentato, tra il giuridicamente posto e il culturalmente presupposto. La questione giuridica era astrattamente risolvibile dando preminenza tanto alla prospettiva comunitarista, quanto, al contrario, alla prospettiva individualista: nel primo caso, si trattava di enfatizzare la diversità delle posizioni soggettive, e dunque dei ruoli, rivestite da marito e moglie nell'ambito della comunità familiare; nel secondo caso, di valorizzare l'eguale contributo offerto dai coniugi alla costruzione della formazione sociale familiare. La Corte costituzionale opta dapprima per l'una soluzione, poi per l'altra. In entrambi i casi la motivazione giuridica della decisione è, in sé, logicamente argomentata, com'è anche dimostrato dai commenti favorevoli che entrambe le decisioni, isolatamente considerate, raccolsero da parte della dottrina. Quel che cambia, determinando l'esito finale delle decisioni, è la coerenza non con il giuridicamente posto, ma con il culturalmente presupposto. Il fatto che i giudici costituzionali abbiano, più o meno consapevolmente, scelto in partenza di riconoscersi in una prospettiva culturale, anziché nell'altra, li conduce inevitabilmente a una soluzione, che può essere cambiata soltanto rovesciando la prospettiva culturale di partenza.

Come accennato, è questo un discorso generalizzabile a tutti i casi in cui il contesto culturale generale risulta esposto alla contrapposizione tra visioni di fondo contrastanti: la sua disomogeneità produce un'instabilità che, anche in ambito giuridico, è destinata a perdurare fintanto che una visione riesca a prendere il sopravvento sull'altra (sempre che vi riesca), sancendo l'avvento di un paradigma culturale intorno al quale è possibile ricostruire un più ampio consenso collettivo.

5. Come si procederà

Nelle pagine che seguono si procederà anzitutto alla costruzione di uno "strumentario concettuale" attraverso cui tracciare le coordinate essenziali delle prospettive culturali ora evocate. I primi capitoli saranno dedicati a questo scopo, delineando due percorsi distinti, anche se collegati: un percorso di analisi dei concetti fondamentali chiamati in causa e di prospettazione di un modello teorico capace di tenerli assieme (capitolo 2) e un percorso di storia del diritto pubblico attraverso cui verificare la "tenuta" in concreto della proposta teorica (capitolo 3).

Questi percorsi iniziali dovrebbero rendere disponibili gli strumenti ne-

cessari per approfondire i due filoni dicotomici attraverso i quali sono ricostruibili i meccanismi fondamentali di funzionamento della vita associata. A una ricognizione su cosa sia l'individualismo seguirà il quadro delle critiche che gli sono state rivolte; lo stesso avverrà per il comunitarismo, con una ricostruzione del concetto e una rassegna dei rilievi cui è stato sottoposto (capitolo 4). Sarà a questo punto possibile individuare, all'interno del vasto tema delle opzioni teoriche che cercano di offrire spiegazioni realistiche dell'oggetto della ricerca, la prospettiva che studia la generazione spontanea di ordine, tramite la nascita di istituzioni a ciò preposte, come meritevole di approfondimento, evidenziandone le possibili conseguenze sul modo di intendere l'ordinamento giuridico (capitolo 5).

A cornice del lavoro, onde provare a concretizzare un'impostazione che altrimenti rimarrebbe sul piano meramente teorico (deve sempre ricordarsi che il diritto è una scienza pratica), si proporrà la ricostruzione di alcune vicende sintomatiche della storia costituzionale italiana, con riguardo, in apertura, all'effettiva trattazione loro riservata dalla Corte costituzionale (capitolo 1) e, in conclusione, alla soluzione speculare a cui la Corte stessa avrebbe potuto giungere se avesse mosso il proprio ragionamento a partire dalle premesse culturali opposte (capitolo 6).